



Seguridad Cuaderno Red de Cátedras Telefónica



Universidad de Salamanca

Propiedad intelectual y piratería. El nuevo procedimiento de salvaguarda de Derechos de Propiedad Intelectual en Internet (La llamada “Ley Sinde-Wert”)

Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca

Alfredo Batuecas Calettrío y Juan Pablo Aparicio Vaquero

Febrero 2012

Cuaderno Red de Cátedras Telefónica

PROPIEDAD INTELECTUAL Y PIRATERIA. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET (LA LLAMADA "LEY SINDE-WERT")

2



Alfredo Batuecas Calettrío

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil en la Universidad de Salamanca, grado que alcanzó con la defensa de la Tesis doctoral "El pago por medios electrónicos". Miembro del Grupo de Investigación Reconocido "Derecho y Nuevas Tecnologías". Ha realizado estancias de investigación en centros europeos de reconocido prestigio y posee publicaciones en temas relacionados con el Derecho Informático, en general, y con la contratación electrónica; pago electrónico; firma electrónica y protección de datos, en particular. Igualmente, ha impartido conferencias y es profesor en distintos Master y Doctorados, tanto nacionales como extranjeros, sobre los temas anteriormente enumerados.



Juan Pablo Aparicio Vaquero

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca. Miembro del Grupo de Investigación Reconocido "Derecho y Nuevas Tecnologías", y profesor visitante en diversas instituciones y universidades extranjeras (Buckingham, en el Reino Unido; UNIDROIT y Università di Venezia, en Italia; Universidad Veracruzana, en México). Imparte habitualmente clases y ponencias en diversos Congresos y Máster españoles y extranjeros sobre temas de protección del consumidor y usuario, comercio electrónico, gestión de negocios en Internet, telecomunicaciones, protección de datos y Propiedad Intelectual. Autor de varios libros y artículos sobre los citados temas.

El Grupo de Investigación "Derecho y Nuevas Tecnologías" (constituido en 1998) incorpora Profesores de las Áreas de Derecho Civil y Mercantil de la Universidad de Salamanca, bajo la dirección de la Prof^a Dr^a Moro Almaraz. Su objeto de estudio son los problemas que las nuevas Tecnologías de la Información plantean a la Sociedad, desde el punto de vista jurídico. Recibió la mención de Grupo de Investigación Reconocido por la Universidad de Salamanca, en 2005. Interesados en todos los temas relacionados con las Nuevas Tecnologías, en los últimos años los esfuerzos del Grupo se centran en cuestiones de comercio y pago electrónicos, Propiedad Intelectual, protección de datos, firma electrónica y responsabilidad de proveedores de servicios de la sociedad de la Información. Ha obtenido ayudas a través de diversos proyectos de investigación subvencionados por la Junta de Castilla y León, y colabora con otros grupos de universidades españolas y extranjeras.

<http://www.usal.es/derinfo>



Índice.

1. Presentación
 2. Normativa de referencia
 3. La Propiedad Intelectual
 - 3.1. Reconocimiento y ejercicio de los derechos de Propiedad Intelectual
 - 3.2. La copia privada, el canon y las entidades de gestión colectiva de derechos de autor
 4. Protección de la Propiedad Intelectual y piratería en Internet
 5. La llamada “Ley Sinde-Wert”: Comisión de la Propiedad Intelectual y Procedimiento de Salvaguarda de Derechos de Propiedad Intelectual en Internet
 - 5.1. La Comisión de la Propiedad Intelectual
 - 5.2. El Procedimiento de Salvaguarda de Derechos de Propiedad Intelectual en Internet
 - 5.3.- Breve valoración de la norma
 6. Bibliografía
- Anexos
- Modelo de solicitud de inicio del procedimiento del artículo 158.4 TRLPI
- Esquema del Procedimiento de Salvaguarda de Derechos de Propiedad Intelectual en Internet

ISSN: 2174-7628

1. Presentación

Las prácticas de intercambio de archivos y enlazado a obras protegidas lesionan gravemente los derechos de los titulares de las mismas. En este marco, y con el fin de reforzar su posición y permitirles perseguir de forma más eficaz a los infractores, han surgido iniciativas legislativas que luchan contra la piratería desde diferentes frentes: contra el usuario final (Ley HADOPI, en Francia, p. ej.) o contra los intermediarios, como la española “Ley Sinde” (últimamente, Ley Sinde-Wert). Tales disposiciones son aplaudidas por una desesperada industria tradicional de creación de contenidos, que ve como sus ingresos bajan, y son muy contestadas tanto por los internautas como por la nueva industria de intermediación, poniendo en cuestión las bases mismas del Derecho de Autor.

En las líneas que siguen, exponemos los fundamentos de la Propiedad Intelectual, algunos problemas que plantea en la actualidad y comentamos brevemente el procedimiento de salvaguarda de derechos de Propiedad Intelectual en Internet que establece la “Ley Sinde-Wert”.

Con la nueva norma, el titular de las obras dispone de un organismo, la Comisión de Propiedad Intelectual, que, tras un procedimiento breve y sin juzgar la calificación civil o penal de la conducta, tiene potestad para retirar el contenido ilícito o, incluso, cerrar el sitio *web* donde se almacena o desde el que se proveen los enlaces.

2. Normativa de referencia

La legislación española de Propiedad Intelectual se ha elaborado y se desarrolla actualmente dentro del marco creado por los Tratados internacionales y la normativa europea al respecto.

— *Normativa nacional* (entre otras disposiciones, las siguientes):

- Constitución Española, art. 20
- Ley 34/2002, de 11 de julio, *de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico* (LSSI)
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* (TRLPI)
 - Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el TRLPI, incorporando la Directiva 2001/29
 - Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de Propiedad Intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, modificando, entre otras, el TRLPI e incorporando la Directiva 2004/48

- Ley 10/2007, de 22 de diciembre, *de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas*
 - Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al *derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*
 - Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*, Disposición Final 43ª (LES)
 - Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el *funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual*
 - Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales
 - Código Penal, artículo 270, en su redacción tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal.
- *Normativa y pronunciamientos institucionales de la Unión Europea* (entre otras disposiciones, las siguientes):
- Directiva 91/250/CEE, del Consejo, de 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador. Actualmente, Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (Versión codificada)
 - Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual
 - Directiva 2001/29/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información
 - Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original
 - Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de Propiedad Intelectual.
 - Conclusiones del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 20 de noviembre de 2008, relativas al desarrollo de las ofertas legales de contenidos culturales y creativos en línea y a *la prevención y la lucha contra la piratería en el entorno digital*
 - Resolución del Consejo de Ministros de la UE, de 1 de Marzo de 2010, sobre el respeto de los derechos de Propiedad Intelectual en el mercado interior
- *Tratados Internacionales* (entre otros, los siguientes):
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886, revisado en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Ratificado por España en 1887

- Convenio de Roma para la protección de artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 26 de octubre de 1961; en vigor en España desde el 14 de noviembre de 1991.
- Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, de 29 de octubre de 1971; en vigor en España desde el 24 de agosto de 1974.
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor, adoptado por la Conferencia Diplomática de la OMPI sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996; en vigor en España desde el 14 de marzo de 2010
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC-TRIPS), adoptados como Anexo 1C al Acuerdo de Marrakech por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC), el 14 de abril de 1994
- Acuerdo Comercial Anti-Falsificación (siglas en inglés, ACTA), cuyo período de firma está abierto desde el 1 de octubre de 2011 hasta el 1 de mayo de 2013. España, junto con otros 21 Estados miembros lo firmó el 26 de enero de 2012, pero ante las reticencias surgidas no está claro que vaya a ser ratificado por los países europeos.

3. La Propiedad Intelectual

El Derecho de Propiedad Intelectual, Derecho de Autor o, en los países anglosajones, *copyright*, tutela los derechos sobre obras fruto del intelecto y genio humanos.

El segundo párrafo del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Todas las Constituciones de nuestro entorno recogen igualmente el derecho de los autores a ser reconocido como tales y a poder disfrutar de los beneficios económicos que dichas creaciones puedan proporcionarles. En nuestro caso, el artículo 20.1.b) de la Constitución señala que se reconoce y protege, entre otros, el derecho “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”.

En definitiva, a nivel individual, el reconocimiento como autor y, en su consecuencia, la garantía de una serie de derechos en torno a la explotación de la obra creada tiene por finalidad la retribución o compensación por el trabajo, tiempo, recursos, inventiva y genio que dan lugar a una obra literaria, científica, técnica o artística.

Pero, además, mediante dicho reconocimiento de la cualidad de autor y la garantía de ciertos derechos económicos sobre la obra creada se persigue y alcanza un fin superior: el desarrollo del conocimiento y progreso humanos, fomentando la creación, la investigación y la inversión en ciencia, cultura y ocio.

3.1 Reconocimiento y ejercicio de los derechos de Propiedad Intelectual

Dado que las obras fruto de la creatividad e intelecto humanos son bienes inmateriales, carentes de un cuerpo físico (aún cuando puedan materializarse en ejemplares, cada uno de éstos es diferente de la obra en sí; vid., a modo de ejemplo, el artículo 56 TRLPI), los derechos sobre las mismas se ejercen mediante el reconocimiento por parte del Derecho tanto de la autoría en sí como de un monopolio de explotación sobre las mismas. Dichos derechos surgen por el mero hecho de la creación (*in captauctoris*), a diferencia de otras formas de protección de bienes inmateriales (como las invenciones, protegidas por patentes), sin necesidad de Registro alguno (que existe, pero a los simples efectos probatorios).

La posición del autor respecto de su obra viene dada por el reconocimiento de una serie de derechos que, en el sistema continental, abarcan dos grandes tipos:

1.- Derechos morales (art. 14 TRLPI): ligados a la propia personalidad del autor: decidir si la obra ha de divulgarse y cómo, exigir el reconocimiento como autor, exigencia de respeto a la integridad de la obra, acceso al ejemplar único o raro, etc. Son derechos inalienables, intransmisibles, irrenunciables, inembargables e imprescriptibles.

2.- Derechos económicos o de explotación. Permiten al autor obtener una remuneración por su obra, mediante su comercialización en tres formas básicas:

a) **Reproducción** (art. 18 TRLPI): realización de copias de su obra, mediante su fijación en soportes, de cualquier tipo, y ya sea de forma provisional o permanente. Incluyen, por lo tanto, el almacenamiento en soportes digitales.

b) **Distribución** (art. 19 TRLPI): puesta a disposición del público del original o de ejemplares (copias en soportes tangibles) de la obra, mediante su venta, alquiler, préstamo (gratuito) o de cualquier otra forma.

c) **Comunicación pública** (art. 20 TRLPI): actos por los cuales una pluralidad de personas accede a la obra sin previa distribución de ejemplares. Entre las diversas formas de comunicación pública (exposición, exhibición, proyección, representación escénica, radiodifusión, comunicación vía satélite o cable...) figura la puesta a disposición por medios alámbricos o inalámbricos, de manera que cualquiera pueda acceder a la obra desde cualquier lugar y en el momento que elija (art. 20.2.i); esto es, la comunicación pública de obras realizada a través de Internet (*streaming*, descarga...).

El ordenamiento concede estos derechos al *autor*, el cual puede ejercitarlos por sí mismo o transmitirlos a terceros, en forma exclusiva o no. El adquirente de estos derechos se convierte en *titular* de los mismos (o, en sentido amplio, titular de las obras) y puede proceder a su ejercicio en la forma acordada o prevista legalmente.

¿Qué *modalidades* de explotación tiene a su disposición el titular? Éste puede explotar la obra de forma onerosa, recibiendo un precio por la copia o cada acto de comunicación pública que realice, o bien de forma gratuita. Puede, igualmente, restringir en cada caso los derechos que transmite a los destinatarios de la obra o cederlos con mayor o menor amplitud: así, por ejemplo, puede permitir o no modificaciones de las obras, traducciones, obras derivadas, préstamos sucesivos, etc.

En el ámbito de Internet se ha configurado un movimiento que patrocina la distribución libre y/o gratuita de obras (en particular, obras multimedia, programas de ordenador y obras en formato electrónico). Se conoce, de forma genérica, como movimiento *open* (del inglés, *abierto*), *free* (*libre*, pero también *gratuito*) o *copyleft* (como juego de palabras con el término *copyright*). Tales ideas han dado lugar a diferentes tipos de licencias estandarizadas que ayudan a los autores a distribuir sus obras a través de la Red, tales como *CreativeCommons*, *Colorluris*, o las muchas existentes en el ámbito de los programas (p. ej., licencias GPL o *General PurposeLicenses*). Estas licencias suponen ejercicio de los derechos que el ordenamiento concede al autor (no renuncia a los mismos, ni siquiera cuando se ceden todos los derechos posibles sin limitaciones temporales ni espaciales) y no plantean mayores problemas de legalidad (a salvo especialidades de algunos tipos concretos).

El monopolio en la explotación que el ordenamiento no es ilimitado en el tiempo, estableciéndose unos plazos tras los cuales la obra recae en el dominio público y puede ser libremente disfrutada y explotada por otros, respetando siempre la autoría original. El plazo genérico es de toda la vida del autor y 70 años tras su muerte, pero existen otros más breves para algunas obras en concreto (p. ej., de 25 años para las meras fotografías, a contar desde su realización; de 50 años para derechos conexos; y 15 años para las bases de datos, tras su fabricación).

3.2 La copia privada, el canon y las entidades de gestión colectiva de derechos de autor.

Copia para uso privado del copista

El autor o titular no pueden ejercitar de forma absolutamente libre sus derechos sobre las obras. Existen una serie de límites que el legislador introduce con el fin de salvaguardar intereses superiores (como, p. ej., el acceso a las obras por parte de discapacitados, permitiendo reproducciones por medios o procedimientos adaptados a la discapacidad que sea, art. 31.*bis*), para la cita o ilustración de la enseñanza, la parodia o por la simple constatación de que, en ocasiones, no tiene sentido impedir o prohibir jurídicamente lo que no puede impedirse o prohibirse físicamente. En este último sentido, se admite la excepción o límite de copia privada.

Según el art. 31.2 TRLPI), el adquirente legítimo de una obra puede realizar copias de las misma para su uso privado, siempre que se haga sin finalidad lucrativa y la copia no sea objeto de utilización colectiva.

La copia privada aparece, por lo tanto, vinculada a las obras en los formatos tradicionales (papel, cinta magnética, disco de vinilo) cuya reproducción particular era imposible de evitar. En relación a otro tipo de obras de moderna aparición y que pueden ser protegidas por medidas tecnológicas, como los programas de ordenador o las bases de datos electrónicas, se prohíbe expresamente dicha copia privada (art. 31.2 en relación con el art. 99.a TRLPI). Las actuales obras en formato electrónico, en principio, quedan igualmente sometidas a este régimen de copia privada, permitiéndose, aun cuando hay que tener en cuenta que pueden estar protegidas por medidas tecnológicas eficaces (arts. 160-162 TRLPI), lo que plantea la difícil relación entre ambas disposiciones: las medidas tecnológicas son también protegidas, pero deben permitir la realización de la copia privada. Lo que en principio es un límite al derecho del titular acaba prácticamente convirtiéndose en un derecho del adquirente de la obra electrónica.

Copia para uso privado del copista Compensación equitativa por la realización de copias para uso privado

La realización de una copia privada, aun permitida legalmente, no deja de suponer una lesión a los derechos del autor o titular, por cuanto supone la existencia de una nueva copia de la obra respecto de la cual dicho titular no ha obtenido ninguna remuneración, cuando, como se ha señalado, es a él a quien le corresponde el derecho de reproducción. Para compensar esta deficiencia del sistema legal surge la *remuneración o compensación equitativa*, conocida vulgarmente como *canon* (art. 25 TRLPI).

El llamado “canon” (digital o no) es una obligación pecuniaria legal de naturaleza indemnizatoria. No es un impuesto (no lo cobra el Estado o una Administración Pública), ni una tasa (no es un precio por un servicio público), ni, una vez pagado, supone una autorización al adquirente de una obra para copiarla a su antojo. Tampoco sirve como mecanismo para compensar la piratería, por lo que ésta no puede tenerse en cuenta en la fijación de su cuantía.

El canon se basa en la idea de “*compensar*” (no remunerar, ni pagar, ni lucrar, ni repartir beneficios) *la posible realización de copias privadas* y hacerlo, además, de forma “equitativa”, conforme a criterios de justicia, lesión efectiva, etc. Su cuantía ha de fijarse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada. Son *acreedores* del mismo los titulares de derechos sobre las obras, y *deudores* los fabricantes o importadores de equipos técnicos capaces de realizar copias (impresoras, vídeos, etc.), o de soportes aptos para almacenarlas (cintas, discos...), los cuales, habitualmente, lo repercuten a los compradores (consumidores, empresas, administraciones...), incrementando su precio por el montante del mismo.

En el *ámbito digital*, en la actualidad, se aplica sobre ciertos soportes (CDs, DVDs, memorias USB...; no sobre los discos duros de ordenador), y dispositivos (grabadores de discos, reproductores) que permiten la copia de contenidos y obras de terceros. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado (Sentencia de 21 de octubre de 2010, en cuestión prejudicial del caso *Padawan*, planteada por un la Audiencia Provincial de Barcelona) que su aplicación a las adquisiciones de tales equipos y soportes por parte de personas físicas es razonable (se trata de una *presunción* equilibrada en este caso, a juzgar por el uso mayoritario que se da a tales equipos y soportes y la imposibilidad, *a priori*, de determinar dicho uso), pero no así a las compras hechas por personas jurídicas o las propias Administraciones y entes

públicos, que pueden adquirirlos en su mayor parte para el almacenamiento de documentos generados en el curso de sus actividades empresariales, profesionales o administrativas. Así pues, el actual sistema indiscriminado vigente en España (que recae sobre soportes y aparatos con independencia de quién los adquiera) ha de ser reformado.

En todo caso, la compensación equitativa, por virtud de la normativa europea, está vinculado a la idea de copia privada, de manera que los Estados miembros que opten por permitir en sus ordenamientos tal excepción tienen que recoger igualmente dicho mecanismo de remuneración de los autores (en tal sentido, y de manera muy clara, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2011, caso *Opus*)... si bien es cierto que tal compensación no necesariamente ha de adoptar la forma del impopular “canon” que grava dispositivos y soportes. En este sentido, y ante la necesidad de reformar el sistema español, surgen diferentes alternativas, que van desde gravar directamente los ejemplares originales de la obra que se distribuye hasta que los autores perciban su compensación vía presupuestos generales del Estado.

Entidades de Gestión Colectiva de derechos de autor

Con el fin, entre otras funciones (como fines sociales de formación y promoción de la cultura y de sus asociados), de gestionar el cobro de la compensación equitativa y repartirla entre los autores y titulares, surgen las *Entidades de Gestión Colectiva de los derechos de autor*, que realizan dicha tarea por mandato legal (arts. 147 y ss. TRLPI). Su constitución es libre y gestionan los derechos de sus asociados (de las obras que constituyen su repertorio), estableciendo mecanismos de recaudación y distribución de lo recaudado. Tienen la obligación de aceptar la administración de los derechos de autor y afines que les sean encomendados dentro de su objeto, por virtud de los oportunos contratos de gestión (por 5 años, renovables indefinidamente).

Las Entidades de Gestión Colectiva de los derechos de autor son organizaciones *privadas* de base asociativa y *naturaleza no lucrativa* que se dedican en nombre propio o ajeno a la *gestión* de derechos de Propiedad Intelectual de carácter patrimonial *por cuenta de sus legítimos titulares*.

En la actualidad existen en España 8 entidades de gestión colectiva:

- AGEDI: Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, gestiona derechos de productores
- AIE: Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España
- AISGE: Artistas e Intérpretes, Sociedad de Gestión
- CEDRO: Centro Español de derechos Reprográficos, que gestiona derechos de editores y autores de libros
- DAMA: Asociación Derechos de Autor de Medios Audiovisuales

- EGEDA: Entidad de Gestión de los Productores Audiovisuales
- SGAE: Sociedad General de Autores y Editores
- VEGAP: Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos

Estas entidades pueden, a su vez, asociarse según sus intereses y ámbitos convergentes, y así COPYESPAÑA engloba a SGAE, AGEDI, CEDRO y AIE, mientras que IBAU (Ibercopia Audiovisual) está constituida por AISGE, DAMA y EGEDA.

4. Protección de la Propiedad Intelectual y piratería en Internet

La lesión de los derechos del titular de obras y creaciones protegidas por el Derecho de Autor se da cuando terceros sin su consentimiento, y fuera de los límites autorizados por la Ley, realizan actos que pertenecen a la exclusiva de aquél: hacen copias, distribuyen ejemplares o realizan actos de comunicación pública no autorizados, en definitiva. Internet. A este respecto, siendo incuestionable que el “entorno digital” está proporcionando indudables ventajas y oportunidades en lo relativo a la comunicación pública de las obras y creaciones, en paralelo, están apareciendo nuevas modalidades de fraude de los derechos de Propiedad Intelectual a través de los propios servicios de la Sociedad de la Información.

La mayoría de dichas infracciones consisten en la puesta a disposición del público de obras protegidas por los derechos de autor sin autorización del titular de tales derechos y sin amparo de límite legal alguno. Determinadas empresas ofrecen la posibilidad de subir archivos a sus servidores, bien a cambio de remuneración directa (incrementándose en ese caso el espacio de almacenaje o la velocidad de subida y bajada), bien de forma gratuita (con menor espacio y velocidad, y obteniendo ingresos, en ese caso, exclusivamente a través de la publicidad). Si bien dichos archivos pueden, en principio, se de cualquier tipo, *algunos* (¿la mayoría?) de tales negocios son utilizados por los usuarios para almacenar copias de obras de terceros protegidas por el Derecho de Autor o *copyright* (películas, canciones, juegos...), que luego, mediante la difusión de los enlaces a tales archivos a través de dichas páginas o, en la mayoría de los casos, de otras (que no tienen los archivos, sólo sus referencias), son puestos a disposición de los demás usuarios, para su descarga o disfrute inmediato vía *streaming* (visionado sin aparente descarga o copia permanente en el ordenador del receptor).

Los titulares pueden exigir, en vía civil, indemnización por los daños producidos por tales actividades, conforme a lo previsto en diversos artículos del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: Pueden, igualmente, proteger las medidas tecnológicas que adopten para garantizar sus derechos (arts.), y pedir la adopción de medidas cautelares que pueden llegar a la suspensión del servicio. Esta vía, no obstante, es difícil de aplicar en el ámbito de la Red, porque la identificación de los usuarios finales es muy complicada (suelen ser anónimos y no cabe la petición de datos de conexión a los prestadores de servicios de intermediación al amparo de la *Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos*

relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, pues ésta solo procede en los casos de delitos graves.

Por la vía penal, el art. 270 del Código Penal considera delito la conducta de quien, (1) con *ánimo de lucro* y (2) en *perjuicio de tercero, reproduzca*, (3) *plagie, distribuya o comunique públicamente*, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, (4) *sin la autorización de los titulares* de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Éste artículo permitiría, en principio, dirigirse tanto contra los intermediarios como contra los usuarios, siempre que, en cualquiera de estos casos, se apreciaran los elementos del tipo: es claro que se comunica públicamente cuando se pone una copia de una obra protegida en Internet para que otros accedan a la misma, y que ello se hace, salvo que se tenga licencia expresa, sin autorización del titular, que en la inmensa mayoría de los casos de obras distribuidas comercialmente (a salvo utilización de licencias creativecommons y similares) se reserva todos los derechos. El perjuicio del tercero (del titular) es también fácil de apreciar, al no obtener remuneración ninguna por tales comunicaciones o copias distribuidas. Pero el ánimo de lucro, en interpretación de la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2006, de 5 de mayo) conforme al principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, parece que debe referirse a un lucro o beneficio comercial, lo que, en la práctica, excluye de la aplicación de este artículo a los usuarios finales. Mas no así (esto es, sí puede aplicárseles el tipo penal) a los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información que actúan facilitando espacio y/o enlaces, pues en tales casos sí hay beneficios comerciales, bien sean obtenidos de forma directa respecto de los usuarios, bien a través de la publicidad o el patrocinio de las páginas.

Pero, aún así, continúan planteándose muchos problemas técnico-jurídicos pues, no lo olvidemos, en la mayor parte de los casos son terceros, los usuarios o ciudadanos particulares, quienes suben los archivos a esos servidores y luego proporcionan, en páginas diseñadas para ello, los enlaces a tales archivos. Esto es, no son los proveedores de enlaces quienes realizan la actividad de enlazado, de la misma manera que no son los proveedores de alojamiento quienes almacenan los archivos ilícitos. Téngase en cuenta que sobre tales Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información no recae ninguna obligación de supervisión o control: conforme a los artículos 16 y 17 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, sólo son responsables, en relación con contenidos y enlaces de terceros, en aquellos casos en que, teniendo conocimiento efectivo de su ilicitud (o ésta les haya sido comunicada por un órgano competente) no procedan a su inmediata retirada.

¿Podrían ser responsables directos (en particular, los proveedores de enlaces) por realización de actos de comunicación pública en relación con las copias a las que se remite desde sus páginas? Así lo considera la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 27-IX-2011, que condena al titular de la página de enlaces. Evidentemente, esta incipiente industria, con el amparo de asociaciones de internautas que defienden distintos modelos de acceso a la cultura y ocio, considera que no, al ser otros los que suben los enlaces y argumenta que, por lo tanto, sólo puede imputárseles responsabilidad por la vía de los artículos 16 y 17 de la Ley de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, previa constatación de su inactividad ante el conocimiento efectivo de la ilicitud del archivo en cuestión.

Además, se dice, el recurso al Derecho Penal como infractores directos es contrario al propio sistema de enlaces en que se basa Internet, afectando a los buscadores genéricos como Google, que también dan, entre sus resultados, acceso a contenidos ilícitos. Se criminalizaría la Red, en definitiva, cuando ésta, como toda tecnología, es neutra y hábil para usos lícitos e ilícitos. El sistema se colapsaría.

No obstante, en nuestra opinión, esto no es del todo cierto. En realidad, la actividad de un proveedor de enlaces es algo más que una simple intermediación técnica, pues establecen todo un entorno, un sistema o directorio ordenado y actualizado (con métodos para la notificación de enlaces rotos, por ejemplo), con acceso a herramientas específicas para la descarga y el visionado (incluso con consejos sobre cómo hacerlo o cómo evitar ciertas medidas tecnológicas de protección o limitaciones de acceso de los sitios de almacenamiento)...; en definitiva, más que simplemente, permitir desde el punto de vista técnico, que un tercero cometa una infracción, supone una *colaboración* en tal tarea. Y ello, sin entrar en otros factores, como reproducción de carátulas, carteles, utilización de logotipos y marcas, etc. Además, y a diferencia de lo que ocurre con los buscadores genéricos, tipo Google, no son “automáticos” (esto es, no operan sobre algoritmos de búsqueda de contenidos sin más, a petición del usuario, sino que proveen un entorno técnico para que se pongan a disposición de todos, de forma manual, los enlaces a concretos archivos que generalmente están ocultos a los buscadores genéricos) y están “dedicados”, esto es, su finalidad principal (sin perjuicio de servicios de valor añadido como foros de opinión, vinculados generalmente a los contenidos enlazados) es proporcionar enlaces a contenidos y obras que, en su mayor parte, son objeto de reserva de derechos por sus titulares.

Dado que se cuestiona la naturaleza de la actividad de estos prestadores de servicios, que no se persigue a los usuarios finales y que, hasta ahora, no ha habido un órgano que específicamente declare la ilicitud de contenidos (sólo los propios órganos judiciales), la petición de cierre o suspensión de las actividades de estos prestadores no ha sido casi nunca atendida y apenas se han obtenido unas pocas indemnizaciones o condenas. Aun con algunas resoluciones en sentido contrario (por ejemplo, la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya u otra de Barcelona de 24-II-2011, caso *elrincondejesus*), la mayoría de decisiones judiciales están absolviendo o sobreseyendo los casos contra dichos proveedores: así, respectivamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7-VII-2011, caso *indiceweb*, o los Autos de las Audiencias Provinciales de Álava (3-II-2012, caso *cinetube*), Madrid (15-III-2011, caso *eDonkeymania*; 11-V-2010, *CVCDGO*; 27-IV-2010, *RojaDirecta*; 10-III-2010, *Indicedonkey*; 3-XI-2008, caso *TVMIX*; y 11-IX-2008, caso *sharemula*), Cantabria (8-VI-2011, *cinegratis*), León (15-X-2009, *emule24horas*), etc.

Partiendo del dato de que el sector cultural (en sus diferentes vertientes: música, cine, literatura, etc.) genera cerca del cuatro por ciento del Producto Interior Bruto en España, lo cierto es que Internet está ocasionando cuantiosas pérdidas al sector, con la consiguiente destrucción de empleo. Siendo esto así, la protección de los derechos de autor en el entorno digital constituye una preocupación persistente en el ámbito, nacional, internacional y de las instituciones europeas. En este sentido, a modo de ejemplo, resulta bastante gráfica la *Resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 1 de marzo de 2010, sobre el respeto de los derechos de Propiedad Intelectual en el Mercado Interior*, cuando sostiene que la piratería de bienes culturales en el entorno digital (en tan rápido y permanente desarrollo) está dañando directamente la comercialización legal de los medios, al tiempo que está frenando el dinamismo de la industria cultural. Sin unos medios eficaces de tutela de los derechos de Propiedad Intelectual, la innovación y la creación se desincentivan y las inversiones se reducen.

En este marco, el legislador español ha aprobado una serie de medidas y reformas normativas con el fin de dar a los titulares alguna herramienta más en su lucha contra la piratería: la Ley “Sinde-Wert”.

5. La llamada “Ley Sinde- Wert”: Comisión de la Propiedad Intelectual y Procedimiento de Salvaguarda de Derechos de Propiedad Intelectual en Internet.

La *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, en su Disposición Final 43, numeral 4, ha propiciado el impulso definitivo de la Comisión de Propiedad Intelectual, mediante la modificación del artículo 158 del TRLPI (que ya preveía la creación de la Comisión, asignándole funciones de mediación, arbitraje y salvaguarda de derechos en el ámbito de la Propiedad Intelectual) y la ampliación de funciones de la misma, creando un procedimiento de salvaguarda de derechos de Propiedad intelectual en Internet. El desarrollo reglamentario tanto de las funciones y funcionamiento de la Comisión como de dicho procedimiento ha venido de la mano del *Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual*.

En su conjunto, estas normas y las modificaciones que ocasionan en otras Leyes (como, por ejemplo, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, y el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) son conocidas popularmente como *Ley Sinde* (por la Ministra que las impulsó) o, más recientemente, como *Ley Sinde-Wert* (al incluir también al Ministro bajo cuyo mandato se ha aprobado el Real Decreto 1889/2011).

5.1 La Comisión de la Propiedad Intelectual

Según el Real Decreto, en este caso el 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, la protección de la creación literaria y de las actividades cinematográficas y audiovisuales le corresponde al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, creándose en dicho Departamento la Secretaría de Estado de Cultura como órgano superior que habrá de ejercer las competencias del Ministerio sobre este sector, y bajo la presidencia de cuyo titular o de la persona en la que éste delegue deberá, por lo tanto, tener lugar la actividad de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

En concreto, la Comisión es un órgano colegiado de ámbito nacional que actúa por medio de dos Secciones:

- La Sección Primera, que ya existía, ejercerá funciones de mediación y arbitraje entre las asociaciones de usuarios, de la industria y las entidades de gestión colectiva de derechos de autor
- La Sección Segunda, que es la que aquí más interesa, tiene por función principal velar por la salvaguarda de los derechos de Propiedad Intelectual frente a su vulneración por parte de prestadores de servicios de la Sociedad de Información (PSSI).

La Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual tiene por cometido intervenir en todos aquellos casos de vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual por parte del responsable de un servicio de la Sociedad de la Información, siempre que dicho responsable, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial al titular de tales derecho

Esta Sección Segunda está compuesta por el titular de la Secretaría de Estado de Cultura o persona en la que ésta delegue, que ejercerá la presidencia de la Sección, y por cuatro vocales de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, Industria, Energía y Turismo, Presidencia, y Economía y Competitividad, respectivamente, designados por dichos Departamentos, entre el personal de las Administraciones Públicas, perteneciente a grupos o categorías para los que se exija titulación superior, y que reúnan conocimientos específicos acreditados en materia de Propiedad Intelectual. Actuará en ella como secretario, con voz pero sin voto, un funcionario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con nivel de subdirector general o asimilado, mediante nombramiento por el titular de la Dirección General competente en materia de Propiedad Intelectual.

5.2 El procedimiento de Salvaguarda de Derechos de Propiedad Intelectual en Internet.

En lo relativo al procedimiento de protección de los derechos de Propiedad Intelectual es preciso apuntar que, según el Real Decreto 1889/2011, dicho procedimiento tiene por finalidad el restablecimiento de la legalidad en los casos en los que se declare la existencia de una vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual mediante la prestación de servicios de la Sociedad de la Información.

El procedimiento podrá dirigirse contra los responsables de servicios de la Sociedad de la Información sobre los que existan indicios de que están vulnerando derechos de Propiedad Intelectual, siendo necesario para ello que en la solicitud en la que se insta su inicio se identifique expresamente el contenido con los que se están vulnerando los derechos de Propiedad Intelectual. Todo el procedimiento deberá sustanciarse sobre los principios de legalidad, objetividad, proporcionalidad y contradicción y podrán instarlo los titulares de los derechos de Propiedad Intelectual afectados o las personas naturales o jurídicas que tuvieran encomendado el ejercicio de aquellos derechos o la representación de tales titulares.

Todas las actuaciones del procedimiento han de realizarse, preferentemente, por medios electrónicos.

El procedimiento comienza remitiendo (electrónicamente o por escrito) una **solicitud de inicio** dirigido a la Secretaría de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

La solicitud, además de la información que el artículo 70.1 de la Ley 30/1992 requiere para iniciar cualquier procedimiento administrativo (nombre y apellidos del interesado; señalamiento de un lugar a efectos de notificaciones; hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud; lugar y fecha; firma del solicitante; órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige), *deberá acompañarse de:*

- a) Identificación de la obra o prestación objeto de la solicitud.
 - b) Acreditación, por cualquier medio de prueba admisible en derecho, de la titularidad del derecho de Propiedad Intelectual alegado y, en su caso, de la encomienda de su gestión o de la representación del titular.
- En caso de derechos con más de un titular, se incluirán, de conocerse, los datos de identificación de los otros titulares.
- c) Acreditación, por cualquier medio de prueba admisible en derecho, de que la obra o prestación alegada está siendo objeto de explotación, lucrativa o no, a través del servicio de la Sociedad de la Información objeto de la solicitud, identificando, describiendo y ubicando dicha actividad.
 - d) Declaración de que no ha sido concedida autorización para la explotación realizada en el servicio de la Sociedad de la Información objeto de la solicitud.
 - e) Justificación de la concurrencia, directa o indirecta, en cada uno de los servicios a los que se refiera la solicitud, de ánimo de lucro o de un daño causado o que podría causarse a los titulares y que no tengan la obligación legal de soportar.
 - f) Los datos de los que disponga el solicitante que permitan identificar al responsable mediante la localización de los servicios de la Sociedad de la Información contra los que se dirige el procedimiento.
 - g) Cualquier otra circunstancia relevante en el procedimiento.

En caso de que, al tramitar la solicitud, la Sección tenga noticia de hechos que puedan ser constitutivos de delito público (por ejemplo, que a través de dicha página se distribuya pornografía infantil) está obligada a denunciarlo ante las autoridades competentes, sin perjuicio de que continúe con el procedimiento por la infracción de la Propiedad Intelectual (salvo que el órgano jurisdiccional penal ordene otra cosa).

Además, si aprecia infracción de las obligaciones que el Prestador del Servicio de la Sociedad de la Información tiene conforme a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, dará noticia de la misma al Ministerio competente (en la actualidad, el de Industria, Energía y Turismo), a los efectos del artículo 43 de dicha Ley (inicio de un procedimiento sancionador por tales infracciones). Tal notificación tampoco interrumpe el proceso en torno a la vulneración de derechos de Propiedad Intelectual, que sigue su curso en la Comisión.

Acordado el inicio del procedimiento, la Sección Segunda se lo notificará al responsable del servicio de la Sociedad de la Información contra el que se dirija el procedimiento. Puede ocurrir que en estos momentos iniciales no esté identificado el responsable del servicio de la Sociedad de la Información contra el que se dirija el procedimiento. Si ello ocurre, la Sección Segunda podrá solicitar al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente autorización judicial para requerir al prestador de servicios de intermediación de la Sociedad de la Información la cesión de los datos que permitan tal identificación de dicho responsable. En dicha solicitud se expondrán las razones que justifican la misma, acompañándola de los documentos y ficheros que sean procedentes a estos efectos.

Dictado el Auto sobre la solicitud de autorización judicial para la localización, la Sección Segunda trasladará el contenido del mismo al prestador del servicio de intermediación de la Sociedad de la Información requiriéndole a que aporte en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción del requerimiento los datos que permitan la inequívoca identificación del responsable contra el que se dirige el procedimiento, sin que, en ningún caso, se puedan requerir datos de contenido, de tráfico ni de localización que excedan el ámbito o finalidad de este procedimiento.

Identificado el responsable del servicio de la Sociedad de la Información contra el que se dirige el procedimiento procederá notificarle el acuerdo del inicio del mismo. Esta notificación contendrá la solicitud que motiva la iniciación del procedimiento, el órgano competente para la resolución del expediente con la norma que le atribuye tal competencia, así como un requerimiento para que procedan a la retirada voluntaria de los contenidos, en el plazo máximo de 48 horas inmediatamente siguientes a la notificación.

Frente al requerimiento de la Sección Segunda, según el artículo 20.1 del Real Decreto 1889/2011, el prestador de servicios de la Sociedad de la Información podrá realizar las alegaciones que estime oportunas relativas a la existencia de una autorización para la explotación de los derechos de Propiedad Intelectual, presentándose a continuación dos posibles situaciones:

a) Si el responsable del servicio de la Sociedad de la Información atiende el requerimiento de la Sección Segunda y *voluntariamente interrumpe el servicio o retira el contenido* respecto al que se dirige el procedimiento, el instructor procederá a archivar el procedimiento sin más trámite, notificando tal circunstancia a los interesados.

A la interrupción del servicio o retirada voluntaria se le concede el valor de reconocimiento implícito de la vulneración.

No obstante lo anterior, si se reanuda la actividad vulneradora, la Sección, a instancia del solicitante que dio inicio al procedimiento, podrá acordar la reapertura del expediente archivado, en fase de prueba y conclusiones, o, de haberse realizado ya dichas actuaciones, dictando la resolución final conforme.

b) Si transcurrido el plazo de las 48 horas *no se interrumpe voluntariamente el servicio o la retirada de los contenidos* (se hayan formulado o no alegaciones), el órgano instructor practicará en el plazo de los dos días siguientes las pruebas pertinentes, notificándole el resultado de las mismas y la propuesta de resolución a los interesados para que presenten sus conclusiones como trámite de audiencia en el plazo máximo de cinco días.

Transcurrido este plazo de cinco días para conclusiones, la Sección Segunda dictará resolución motivada en el plazo máximo de los tres días siguientes, declarando si ha quedado acreditada o no la existencia de una vulneración de derechos de Propiedad Intelectual por el responsable del servicio de la Sociedad de la Información.

En caso de quedar acreditada dicha vulneración, en la misma resolución de la Sección Segunda se le ordenará al responsable del servicio de la Sociedad de la Información la retirada de los contenidos que vulneren derechos de Propiedad Intelectual, siendo notificada asimismo al correspondiente prestador de servicios de intermediación de la Sociedad de la Información.

La resolución puede contemplar la suspensión de los servicios por parte de los servicios de intermediación de la Sociedad de la Información (para lo que se tendrá en cuenta que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial —artículo 158.4 TRLPI—), a fin de garantizar el eficaz cumplimiento de la resolución.

Todo este procedimiento, desde que se realiza la solicitud de inicio hasta que se produce la notificación de la resolución motivada por la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual debe sustanciarse, como máximo, en un plazo de tres meses. La falta de notificación en ese plazo tendrá efectos desestimatorios de la solicitud según lo dispuesto en el artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Recibida la notificación, el responsable del servicio de la Sociedad de la Información tiene el plazo de 24 horas desde su notificación para dar cumplimiento voluntario a la misma.

Si el responsable del servicio de la Sociedad de la Información no cumpliera en el plazo señalado, la Sección se dirigirá al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente, para que dicte un Auto autorizando o denegando la ejecución de las medidas impuestas por la resolución de la Sección Segunda, entre ellas la suspensión de los servicios por parte de los intermediarios de la Sociedad de la Información. Para dictar ese Auto, el Juzgado Central tendrá en cuenta si las medidas adoptadas afectan

o no a los derechos contenidos en el artículo 20 de la Constitución (opinión y expresión, información, libertad de cátedra y a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica).

Una vez recibido el Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente se notificará el mismo de forma inmediata a la parte que haya iniciado el procedimiento, al responsable del servicio de la Sociedad de la Información vulnerador, a los demás interesados, y a los prestadores de los servicios de intermediación de la Sociedad de la Información cuya colaboración sea necesaria, que deberán, en su caso, dar cumplimiento a la suspensión autorizada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, en el plazo de 72 horas señalado en el artículo 22, que comenzará a contar, a efectos de la adopción de dicha medida, desde la notificación del Auto previamente referido. La suspensión del servicio puede incluir, entre otras medidas, el bloqueo de direcciones IP o, incluso, el acceso al prestador infractor situado en el extranjero.

Dicha suspensión cesa cuando se demuestre ante la Comisión que se ha cumplido voluntariamente la retirada de contenidos o enlaces o, en todo caso, al cabo de un año. Dicho de otro modo, la cancelación del servicio como sanción máxima no es definitiva, sino a lo máximo por un año, tras el cuál es prestador puede reanudar su actividad, sujeto, eso sí, a la posibilidad de estar sujeto a nuevos procedimientos en el caso de que continúe con las actividades ilícitas.

5.3 Breve valoración de la reforma

A la espera de la puesta en marcha de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual y del funcionamiento en concreto del procedimiento descrito (a partir del 1 de marzo de 2012) cabe hacer una serie de primeras y necesariamente rápidas valoraciones sobre dicho órgano, el procedimiento y su eficacia.

Mala técnica legislativa

La técnica elegida para la implementación del procedimiento no es, ni mucho menos, la mejor posible. En la Ley de Economía Sostenible, nueva ley omnibus, se introduce a la manera de parches y reformas parciales en otras Leyes, en lugar de un tratamiento sistematizado de la cuestión. Es de esperar que, con la anunciada gran reforma de la normativa (del sistema, incluso) de Propiedad Intelectual encuentre su lugar de forma mucho más armónica.

El procedimiento es administrativo y no resuelve cuestiones de responsabilidad

El procedimiento tiene por finalidad hacer cesar la conducta infractora, no resolver posibles responsabilidades civiles o penales que se deriven de la infracción.

Con ello, ciertamente, se gana en rapidez, aunque pueden cuestionarse la garantía de los derechos implicados. Además, dado que el procedimiento debe resolverse en tres meses como máximo y el silencio es tomado como desestimatorio, si la Comisión no puede resolver de forma rápida (cosa que puede suceder si se acumulan los procedimientos) no se habrá conseguido nada. O, lo que es peor, que la Comisión resuelva prácticamente de forma automática, bastando la denuncia (genérica) del titular sin

apenas comprobaciones (identificación concreta de obras y licencias o límites, por ejemplo) para ordenar la retirada de contenidos o el cierre de los sitios. ¿Cómo interpretará la Comisión la necesidad de identificar *cada* obra enlazada o almacenada? ¿La existencia de uno o varios enlaces denunciados por un titular provocará sólo la retirada de los mismos o servirá para presumir la ilegalidad del resto que contenga y se cerrará o bloqueará el sitio? ¿Las decisiones más radicales se tomarán por volumen de contenidos ilícitos (o de enlaces a los mismos), acumulación de denuncias o reiteración de las mismas?.

¿Actuación judicial meramente testimonial?

Tal cual ha sido diseñada, la actuación judicial, limitada a la identificación del infractor y, en último término, a la autorización de la ejecución de las medidas adoptadas por la Comisión en caso de no cumplimiento voluntario por el infractor, no parece muy garantista. Obsérvese que el criterio para decidir si proceden o no las medidas es un análisis de la afectación, en particular, de los derechos y libertades de expresión e información; las conductas contra las que se pretende luchar muy difícilmente conciernen a tales derechos (opinar o informar no abarca poner obras completas a disposición de terceros en contra de la voluntad de su titular), con lo cual el prestador de servicios contra el que se dirijan sólo podrá reclamar contra dicha resolución ante instancias superiores (Audiencia Nacional) sin que se paralice el procedimiento. Su única defensa eficaz dentro de este procedimiento sería demostrar que él mismo tiene derechos sobre las obras que almacena o enlaza (esto es, que la retirada o suspensión afecta a sus propios derechos de Propiedad Intelectual), cuestión que, además de inviable en la mayoría de los casos, a estas alturas, ya hubiera debido quedar resuelta en fase de pruebas con el consiguiente archivo del proceso; o bien, podría alegar que la actividad de enlazado o almacenamiento, en sí, si se desconoce el carácter ilícito de la copia enlazada o almacenada, pero el tenor de las normas demuestra lo irrelevante de tal consideración: en la inmensa mayoría de los casos, para eso se le da la oportunidad de retirar voluntariamente y, además, las órdenes de suspensión se dirigen también a los intermediarios. La Comisión es “órgano competente” y sus resoluciones son medios de “conocimiento efectivo” a los efectos de los artículos 16 y 17 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información

Una interpretación distinta del valor de la actividad de enlazado haría absolutamente ineficaz la reforma.

No afecta a la actividad de las redes Peer to Peer

El procedimiento descrito pretende, esencialmente, la lucha contra las páginas de enlaces y almacenamiento de contenidos en Internet. Cabe señalar, por lo tanto, que no persigue al usuario final, a diferencia de otras normas (por ejemplo, la Ley HADOPI francesa) ni podrá ser utilizado para atajar el intercambio directo de archivos entre particulares por las redes p2p (peer to peer), que últimamente perdían terreno frente a las páginas de enlaces y descargas directas, más rápidas.

Desde el punto de vista técnico, los intercambios en estas redes pueden prescindir de los sitios de enlaces, pues disponen de buscadores integrados en las propias herramientas (programas) de subida y bajada de archivos. Las reformas introducidas no se dirigen hacia la represión de estas conductas ni permiten a la Comisión de Propiedad Intelectual recabar los datos de los internautas particulares, ni siquiera a partir de la orden judicial que se contempla para la identificación del infractor, pues ésta se refiere únicamente a “prestadores de servicios” y los usuarios particulares no lo son. Además, la normativa vigente (en concreto, la *Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*) tampoco permite solicitar los datos de conexión de los usuarios, pues el intercambio no constituye, en interpretación del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea al contemplar dicha norma y el propio Código Penal español (tal cual se está aplicando), un delito *grave* de los que justifican tal solicitud (vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de enero de 2008).

¿Será eficaz frente a las páginas de enlaces y los sitios de almacenamiento?

Más allá del efecto disuasorio inicial (incluso antes de la entrada en vigor del procedimiento ya han cerrado algunos sitios de enlaces), cabe plantearse la eficacia real de la reforma frente a sus principales destinatarios.

Por lo que respecta a los sitios de almacenamiento, la previa identificación de los contenidos que almacenan puede dificultar la labor del titular a la hora de iniciar el procedimiento. Dado que no existe obligación alguna de supervisión o control de los contenidos de sus servidores por parte de quienes dan almacenamiento (*hosting*), los contenidos ilícitos sólo pueden ser identificados a través de los enlaces que a ellos dirigen. Aunque esto hace que su actividad sí se pueda resentir, al proceder los titulares contra las páginas de enlazado, será complicado proceder en primer lugar contra ellos de forma masiva, pues la actividad de almacenamiento en sí, insistimos, es plenamente legal. Además, los contenidos son subidos por internautas y pueden contener claves de acceso, nombres poco descriptivos de su naturaleza, lo que dificulta la identificación de los mismos, y su fácil reposición, bajo otros nombres y desde otras direcciones IP diferentes a las que hayan sido bloqueadas (muchas de ellas, por cierto, en el extranjero).

Por su parte, frente a las páginas de enlaces, los directorios de éstas pueden ser fácilmente reconstruidos y probablemente se crearán *mirrors* (copias) de las páginas prácticamente a la misma velocidad que se cierran (la supervivencia de páginas como *wikileaks* pone de manifiesto que es un mecanismo factible, incluso frente a la acción de varios gobiernos). Por su parte, los listados de enlaces pueden circular de otras maneras, algunas tan simples como a través de las redes sociales (con el problema jurídico añadido de que, en estos casos, las infracciones serían una actividad más que permite la técnica, pero no su finalidad exclusiva...). Además, al igual que ha pasado en Francia como reacción a la Ley HADOPI, se producirá un movimiento hacia otras formas de disfrute ilícito de obras protegidas, en particular, la vuelta a los sistemas de intercambio de pares.

¿Estamos ante una norma inútil en la lucha contra la piratería en Internet?

No. La norma, con sus problemas (a la espera de su aplicación práctica), es un paso adelante, pero no es la solución definitiva, ni mucho menos. El problema radica en que, probablemente, no pueda acotarse la lucha contra la piratería a través, sólo, de un grupo de medidas dirigidas contra algunos de los responsables, sino que hay que dirigirse contra el fenómeno en todos sus frentes.

Si bien la industria de contenidos española (cinematográfica, musical, editorial...) rechaza (al menos en apariencia) la penalización de los usuarios finales (cuestión en la que también parecen coincidir las empresas de telecomunicaciones que dan acceso a Internet y que se benefician del alto tráfico de datos en las redes), hay otras maneras de llegar a éstos y cambiar sus conductas infractoras de forma no represiva: nuevos modelos de negocio, precios más competitivos, dar a sus productos y servicios el mismo valor añadido que da la industria de enlazado y almacenamiento (facilidad de acceso, en cualquier momento, a obras actuales y raras), pedagogía sobre el valor y sentido de la Propiedad Intelectual y el coste de producir entretenimiento y cultura, etc.

6. Bibliografía

- AA.VV. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.). Tercera edición. Tecnos, Madrid, 2007.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. “Las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio entre los intereses enfrentados en el derecho español”, *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual, Addenda*, Noviembre, 2011, pág. 13-28.
- Carbajo Cascón, F. “Consideraciones sobre la nulidad de la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, de reglamentación del canon digital (sentencias de la Audiencia Nacional Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 22 de marzo de 2011)”. *Pe.i., Revista de Propiedad Intelectual*, nº 39, Septiembre-Diciembre 2011, páginas 117-140.
- García de Pablos, J.F. “Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre el canon digital en España”, en *Diario La Ley*, nº 7610, de 13 de Abril de 2011. Ref. D-161.
- Garrote Fernández-Díez, I. *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Segunda edición. Comares, Granada, 2010.
- Peguera Poch, M. *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Comares, Granada, 2007.
- Sánchez Aristi, R. *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*. Instituto de Derecho de Autor, Colección IDEA. Madrid, 2007.

Anexos

Modelo de solicitud de inicio del procedimiento del art. 158.4 TRLPI
(Anexo IV del Real Decreto 1889/2011, BOE de 31 de diciembre de 2011)



MINISTERIO
DE EDUCACIÓN, CULTURA
Y DEPORTE
COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL
SECCIÓN SEGUNDA

SOLICITUD n.º:

Fecha, hora y minuto de presentación
/ /h.min.

(A rellenar por la Administración)

SOLICITUD DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN PÁGINAS DE INTERNET (ARTÍCULO 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual)

SOLICITANTE (1):

NOMBRE Y APELLIDOS DEL TITULAR DEL DERECHO
NACIONALIDAD DNI, NIE o N.º PASAPORTE

EN SU CASO, NOMBRE O DENOMINACIÓN SOCIAL DEL REPRESENTANTE

TÍTULO EN BASE AL CUAL SE OSTENTA ESA REPRESENTACIÓN

DNI, NIE o NIF

DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES:

DIRECCIÓN

ESTADO

PROVINCIA

LOCALIDAD

C.P.

TEL.

CORREO-E

CORREO-E (confirmar)

SELECCIONE LA FORMA EN QUE DESEA RECIBIR LAS NOTIFICACIONES DE ESTE

PROCEDIMIENTO: ☐ ELECTRÓNICA ☐ POSTAL

TÍTULO DE LA OBRA O PRESTACIÓN (2)

URL EN LA O LAS QUE SE PRODUCE LA VULNERACIÓN

SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN CONTRA EL QUE SE SOLICITA EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO (3)

NOMBRE DE DOMINIO UTILIZADO

NOMBRE O DENOMINACIÓN SOCIAL DEL RESPONSABLE DEL SERVICIO

DOMICILIO SOCIAL. DIRECCIÓN

ESTADO

PROVINCIA

LOCALIDAD

C.P.

TEL.

CORREO-E

DATOS DE LA INSCRIPCIÓN DEL SERVICIO EN EL REGISTRO MERCANTIL

OTROS DATOS

PRESTADOR DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

NOMBRE O DENOMINACIÓN SOCIAL DEL PRESTADOR DEL SERVICIO

DOMICILIO SOCIAL. DIRECCIÓN

ESTADO

PROVINCIA

LOCALIDAD

C.P.

TEL.

CORREO-E

DATOS DE LA INSCRIPCIÓN DEL SERVICIO EN EL REGISTRO MERCANTIL

OTROS DATOS

El solicitante declara ser ciertos todos los datos consignados, y que no ha sido concedida autorización para la explotación realizada en el servicio de la sociedad de la información mencionado.

_____ de _____ de 201_.

Firma del solicitante,

A/A. SR. SECRETARIO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE.

PROCEDIMIENTO DE SALVAGUARDA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET (art. 158.4 TRLPI y RD 1889/2011)

